



Johannes Bryde

Rechtfertigungsprüfung
in der Anwendung
von Art. 102 AEUV



1. Teil: Grundlagen

A. Problemstellung

I. Fragestellung

1. Art. 102 AEUV¹

Art. 102 AEUV verbietet die „missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung“. Dies ist im Wortlaut ein offener Tatbestand. Als solcher bedarf er der Interpretation. So schlicht wie diese Feststellung ist, so schwierig ist die Frage, wie diese Interpretation genau aussehen soll. Mehr noch als die Frage der Marktbeherrschung ist das Merkmal der missbräuchlichen Ausnutzung schwer greifbar.²

Art. 102 AEUV ist nicht nur ein offen formulierter Tatbestand, er ist nach seinem Wortlaut auch absolut, wenn er einmal erfüllt ist. Es gibt keine Ausnahmen und keine Vorschrift, die Art. 101 III AEUV³ vergleichbar wären. Daher scheint es nicht möglich, korrigierend einzugreifen, wenn die Interpretation einmal er-

-
- 1 Diese Arbeit entstand zu Art. 82 des EG Vertrages. Dieser ist in der neuen Nummerierung nach dem Vertrag von Lissabon Art. 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union, AEUV. Der Wortlaut des Art. 102 AEUV entspricht exakt dem des Art. 82 EG, mit der Ausnahme, dass der Art.102 AEUV den Begriff „Gemeinsamer Markt“ durch „Binnenmarkt“ ersetzt hat. Die Bezeichnung als Art. 82 EG wurde nur in wörtlichen Zitaten beibehalten, sowie in den Fußnoten, da es noch keine Kommentare gibt, in denen sich die neue Nummerierung findet. Auf mögliche Änderungen anderer Normen wird an den entsprechenden Stellen eingegangen.
 - 2 Er ist also eine Generalklausel, *Immenga* in *ZweR* 2006 S. 346, 351. *Monti* in *European Competition Law Annual* 2003 S. 4 nennt ihn „vage“. Dasselbe gilt auch für den verwandten § 19 I *GWB Möschel* in *Immenga / Mestmäcker* *GWB* § 19 Rn. 99. Schon *Ulmer* in *FS Kummer* S. 565, 569 sah in der Konkretisierung des Missbrauchsbegriffs die zentrale Schwierigkeit bei der Aufsicht über marktbeherrschende Unternehmen; Es gab sogar die Auffassung, dass der Art. 82 EG nicht den Grundsätzen der Klarheit und Vorhersehbarkeit belastender Rechtsvorschriften genügt (Siehe *Koch* in *Grabitz /Hilf*, 4 EL (1986), Art. 86 Rn. 11). So müssen alle gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften klar und ihre Anwendung für die Betroffenen vorhersehbar sein. *EuGH* C-325/91 *Frankreich /Kommission* *Slg.* 1993 I-3283 Rz. 26.
 - 3 Das zu Art. 102 AEUV ex-Art. 82 EG gesagte gilt auch für Art. 101 AEUV, der Art. 81 EG ersetzt.

folgt ist. Es liegt auf der Hand, dass diese Sachlage die Interpretation in der Praxis zusätzlich verkompliziert. Die vorliegende Untersuchung setzt an diesem Punkt an. Sie fragt, wie Überlegungen, die rechtfertigenden Charakter haben, in die Prüfung des Art. 102 AEUV integriert werden können.⁴

2. Diskussion um eine neue Interpretation

Die Suche nach der richtigen Interpretation des Art. 102 AEUV hat in den letzten Jahren neue Dynamik gewonnen.⁵ Es mangelt dabei nicht an blumigen Beschreibungen für Art. 102 AEUV wie etwa „sleeping beauty“⁶ oder „last steam powered train“⁷ und dem Bedürfnis seine Anwendung zu erneuern.⁸ Wie genau die Neubewertung geschehen sollte, ist demgegenüber hoch umstritten. Ein ganzes Bündel von Überlegungen fordert eine stärkere Berücksichtigung ökonomischer Erkenntnisse über die konkreten Auswirkungen eines Verhaltens auf die Verbraucher. Diese Ideen lassen sich, bei aller Vorsicht vor Vereinfachungen, als „more economic approach“ zusammenfassen,⁹ auch wenn es mehrere Bedeutungen dieses Begriffs gibt.¹⁰ Da sich aufgrund der verschiedenen Bedeutungen nur schwer ein generelles Urteil über „den“ *more economic approach* fällen lässt, werden in dieser Untersuchung die Annahmen, die *dem more economic approach* zugrunde liegen, sowie die sich daraus ergebenden Folgen erörtert. Diese sind einer Argumentation zugänglich und letztlich auch entscheidend für die

4 *Lübbig* in Loewenheim / Meessen / Riesenkampff 2. A. Art. 82 Rn. 228 hält dieses Thema für „wenig erörtert“. Angesichts der hier nachgewiesenen Literatur ist das zwar zweifelhaft, eine systematische Erarbeitung fehlt allerdings bisher.

5 Vgl. nur die Sammelbände *Ahrens / Behrens / v. Dietze* Marktmacht und Missbrauch; *Ehlermann / Atanasii* European Competition Law Annual 2003; *Schmidtchen / Alber / Voigt* The More Economic Approach to European Competition Law; *Mackenrodt / Conde Gallego / Enchelmaier* Abuse of Dominant Position: New Interpretation, New Enforcement Mechanisms.

6 *John Temple Lang* auf dem 13. St. Galler Internationalen Kartellrechtsforum.

7 *Sher* in ECLR 2004 S. 243.

8 Siehe etwa „Art. 82: the last frontier“ und „Community problem child“ von *Venit* 28 *Fordham International Law Journal* S. 1157, 1159.

9 Nach *Immenga* in ZWeR 2006 S. 346, 348 handelt es sich dabei nicht um ein geschlossenes Konzept sondern um einen Sammelbegriff.

10 Nach *Schmidtchen* in Effizienz und Wettbewerb S. 9, 10 kann der Ansatz sowohl als materielles als auch prozessuales Konzept verstanden werden. Ebenso *Schmidt / Voigt* WuW 2006 S. 1097, 1098. Angesichts der Tatsache, dass die Wettbewerbsbehörden auch bisher schon auf ökonomische Erkenntnisse zurückgreifen, sieht *Röller* in Modelling European Mergers S. 13 die Frage nicht darin, ob „mehr“ Ökonomie berücksichtigt werden soll, sondern welche. Für *Voigt* in The More Economic Approach S. 97 ist der Begriff ein „marketing success“ denn S. 100 ein echter economic approach müsste auch die ökonomische Nutzung der Ressourcen der Wettbewerbsbehörden mit einschließen.

Anwendung des Art. 102 AEUV. Es wird daher bewusst auf ein Kapitel verzichtet, welches pauschal nach dem „Für und Wider eines *more economic approach*“ fragt.

Die Kommission hat mit dem Diskussionspapier¹¹ und den draus entstandenen Leitlinien¹² zur Anwendung von Art. 102 AEUV ein umfassendes Reformkonzept für die Variante des Behinderungsmissbrauchs vorgelegt.¹³ Sie will das Wettbewerbsrecht stärker nach ökonomischen Kriterien ausrichten. Kern dieser Überlegungen ist die Einführung einer Effizienzeinrede.¹⁴ Die Überlegungen des Diskussionspapiers und der Leitlinien nehmen in dieser Untersuchung eine wichtige Rolle ein.

Auch in der Rechtsprechung gab es in den letzten Jahren verschiedene Urteile, die sich mit der Möglichkeit beschäftigen, rechtfertigende Elemente in die Prüfung des Art. 102 AEUV zu integrieren¹⁵ sowie solche, die die generelle Ausrichtung des Wettbewerbsrechts der EU erörtern.¹⁶

Erschwert wird die Diskussion dadurch, dass Meinungsverschiedenheiten zu Art. 102 AEUV oft nur aufgrund falscher oder ungenauer Wortwahl bestehen,¹⁷ während an anderen Stellen ein bestehender Streit durch die Verwendung gewisser Begriffe, die je nach Sichtweise eine völlig unterschiedliche Bedeutung haben, verschleiert oder zumindest nicht erkannt wird.¹⁸ Gleichzeitig ist die Verwendung von Schlagwörtern oder Formeln durch Literatur, Kommission und Gerichte weit verbreitet.¹⁹ Diese sind oft mehrdeutig oder sind zwar in sich richtig,

11 Dieses ist abrufbar unter <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>. Im Folgenden Diskussionspapier.

12 ABL 2009 L 45/7. Im Folgenden Guidance.

13 Die Leitlinien sind überschrieben mit „*Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle des Behinderungsmissbrauch durch beherrschende Unternehmen*“. Es soll nach Rn.3 der Leitlinien ausdrücklich nicht der Interpretation der europäischen Gerichte vorgegriffen werden. Nach *Möschel* in *JZ* 2009 S. 1040, 1044 beruht diese gewundene Formulierung auf internen Unstimmigkeiten der Generaldirektion IV.

14 Diskussionspapier Rn. 84 ff; Guidance Rn. 30ff.

15 EuGH C-95/04 P *British Airways* Slg. 2007, I-2331; EuGH C-468/06 *GlaxoSmithKline A EVE* Urteil vom 16.09.2008; EuG T-340/03 *France Télécom* Slg. 2007 II-107; EuG T-201/04 *Microsoft* Slg. 2007 II-3601; Siehe auch Schlussantrag von GA *Jacobs* C-53/03 *Syfait/GSK* Slg. 2005, I-4609.

16 Zu den letztgenannten noch EuG T-168/01 *GlaxoSmithKline / Kommission* Slg. 2006, II-2981.

17 Das beste Beispiel dafür ist die Aussage, dass ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nicht gerechtfertigt werden kann.

18 Etwa Begriffe wie „Konsumentenwohlfahrt“, „Effizienz“ und „Leistungswettbewerb“ sollen erörtert werden.

19 Etwa „Marktbeherrschung darf nicht bestraft werden“, „Wir schützen den Wettbewerb und nicht die Wettbewerber“ „eine missbräuchliche Ausnutzung kann nicht gerechtfertigt sein“ sind

tragen aber zur Lösung nichts bei. An den relevanten Stellen wird auf diese Probleme hingewiesen.

3. Wettbewerb in der politischen Diskussion

Generelle Überlegungen zur Bedeutung des Wettbewerbs finden sich auch in der aktuellen politischen Diskussion. Besonders prägnant waren die Bemerkung von Frankreichs Präsident *Sarkozy*: „*Wettbewerb als eine Ideologie als ein Dogma, was hat er Europa gebracht*“²⁰ und die Äußerung von Kommissionspräsident *Barroso*, er kenne niemanden, mit Ausnahme „*gewisser Extremisten*“, für den der Wettbewerb ein bedeutendes gesellschaftliches Ziel sei.²¹ Diese Aussage ist besorgniserregend, wenn man bedenkt, dass er einer Behörde vorsteht, die den Wettbewerb eigentlich schützen soll.²² Sie kann ein Grund dafür gewesen sein, warum die Garantie eines Systems unverfälschten Wettbewerbs zumindest optisch abgewertet und ins Protokoll 27 zum Vertrag von Lissabon aufgenommen wurde.

Die Äußerungen zeigen, dass sowohl die Bedeutung als auch Verdienste der Wettbewerbsfreiheit in der europäischen Union in Frage gestellt werden. Bei *Sarkozys* Äußerung sollte nicht der politische Hintergrund der Aussage übersehen werden. Die französischen Wähler hatten den Verfassungsentwurf zuvor abgelehnt. Die Verfassung hatte in Artikel I-3 Abs. II des Verfassungsvertrages, auf den sich *Sarkozy* wohl bezog, einen Binnenmarkt mit „freiem und unverfälschtem“ Wettbewerb als Ziel der Union definiert. Dies könnte nach einem entfesselten Kampf aller gegen alle klingen und weckt daher Ängste bei den Bürgern, dass sie zu den Verlierern dieses Kampfes gehören könnten. Dieses Bild wird auch in den Medien transportiert. Auch in Zeiten der Konjunkturkrise ist die Freiheit des Wettbewerbs nicht mehr besonders geschätzt. Protektionistische Äußerungen sind ebenso Mode wie die Idee, über Schutzschirme die Folgen des Wettbewerbs auszuschalten.²³ Auch wenn diese Äußerungen keine rechtlichen Argumente enthalten, zeigen sie dennoch eine aktuelle Stimmung. Nur vereinzelt

solche Schlagwörter und Abnicksätze. Aber auch die Formeln der Gerichte von den „Interessen“ eines marktbeherrschenden Unternehmens, die dieses „wahren“ könne, bleiben unklar.

20 *Nicholas Sarkozy* auf dem EG Gipfel im Juni 2007. Er nahm dabei wohl die Stimmung in Frankreich gegen den Verfassungsentwurf der EU auf.

21 *Barroso* im Interview mit der FAZ am 23. 07. 2007.

22 *Behrens* in *EuZW* 2008 S. 193.

23 So konnte in den USA nur mit Mühe eine „Buy American“ Klausel im Konjunkturpaket verhindert werden. Und Präsident *Sarkozy* forderte, dass die französischen Konjunkturliften nicht nach Tschechien gehen dürften.

gibt es Stimmen, die erkennen, dass die Krise gerade kein Grund ist, den Wettbewerb zu beschränken.²⁴

Es gilt sich daher vorab zu vergewissern, dass ein freier und ungebundener Wettbewerb kein entfesselter Kampf aller gegen alle ist, sondern sogar das Gegenteil bedeuten kann. Frei und ungebunden bezieht sich auf den Einfluss durch andere Marktteilnehmer und nicht durch den Staat. Das Wettbewerbsrecht gibt es gerade deshalb, weil völlig freie Märkte nicht automatisch zum besten Ergebnis führen.²⁵ Freier Wettbewerb bedeutet daher auch nicht notwendiger Weise, dass soziale oder sonstige Standards abgesenkt werden. Freiheit heißt, dass alle Marktteilnehmer dieselbe Chance haben.²⁶ Dies ist entscheidend und nicht der Rahmen, in dem alle dieselbe Chance haben. Wettbewerb meint etwas so Einfaches und Grundlegendes wie Rivalität zwischen Firmen und die Möglichkeit der Abnehmer, zwischen verschiedenen Angeboten zu wählen.²⁷

Wenn also im Folgenden von „freiem“ Wettbewerb die Rede ist, dann ist damit etwas anderes gemeint, als gelegentlich in der politischen Diskussion verstanden wird. Eine Vergewisserung über die Aktualität der klassischen Ziele des Wettbewerbsrechts steht daher am Beginn der Untersuchung.

4. Ziel und These

Das Ziel dieser Untersuchung ist es, das Bedürfnis und die Möglichkeiten einer Rechtfertigung im Rahmen des Art. 102 AEUV zu erörtern, sowie die verschiedenen vorgeschlagenen Wege einer Rechtfertigungsprüfung zu diskutieren.

Da Art. 102 AEUV offen formuliert ist, muss jede Interpretation einen Ausgleich zwischen den sich widersprechenden Zielen der Rechtssicherheit und der Einzelfallgerechtigkeit schaffen. Den Unternehmen und anderen Marktbeteilig-

24 So hat die neue us-amerikanische Assistant Attorney General für Antitrust *Varney* bekräftigt, dass die Wirtschaftskrise kein Grund sei die Missbrauchskontrolle einzustellen, sondern vielmehr, sie zu verstärken. So in ihrer Rede vor dem American Centre for Progress 11.05.2009. Nachweis bei <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/245711.htm>.

25 Siehe dazu *Eucken* Grundsätze S. 179 und die generellen Überlegungen zur Handlungsfreiheit unten B II 3; *Anderson/Heimler* in Außenwirtschaft 62 S. 419, 420.

26 Wenn Fußball in Zukunft mit 10 oder 12 Mann gespielt werden dürfte, dann würde dies auch nicht die Freiheit des Fußballspiels beeinträchtigen. Erst recht wäre es für die Freiheit des Fußballspiels unerheblich, wenn die Trikots nur noch aus Baumwolle gefertigt werden dürften. *Mestmäcker* verweist in Zukunftsperspektiven S. 19, 29 auf *Hayek* und den Wettbewerb als Spiel. In Analogie zum Spiel steht auch das Verbot der Absprachen in Art. 81 EG, welches die Unsicherheit über das Verhalten der Gegenspieler erhalten soll. *Mestmäcker* in Zukunftsperspektiven S. 19, 33.

27 Siehe dazu ebenfalls unten B II 3 zur Handlungsfreiheit; siehe auch *Fox / Sullivan* in 62 N.Y.U. L. Rev 1987 S. 936; *Anderson/Heimler* in Außenwirtschaft 62 S. 419, 419.